

O direito comparado: esforço de resgate historiográfico e de problemas metodológicos*

Comparative law: an effort of an historiographical rescue and methodological issues

* Recebido em 07/10/2019
Aprovado em 21/06/2020

** Livre docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Professor Visitante na Faculdade Nacional de Direito de Nova Delhi (Índia), na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia-Berkeley, na Universidade de Pretória (África do Sul) e no Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu- Frankfurt (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS, em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB e em História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. MBA em Direito Comunitário Europeu pela Fundação Getúlio Vargas e pela Escola de Administração Fazendária- Brasília. Pós-graduação em Filosofia e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Consultor-Geral da União (fevereiro de 2011 a junho de 2015). Procurador da Fazenda Nacional (concurso de 1993). Procurador-Geral Adjunto na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (outubro de 2015 a janeiro de 2016). Email: arnaldo.godoy@ceub.edu.br

*** Professor do UniCEUB (Brasília), com foco em Comércio Internacional, Regulação dos Investimentos Estrangeiros, Conflito de Leis no Espaço/DIPr e Análise Econômica do Direito (como método). Obteve seu doutorado pleno em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), como bolsista do programa CAPES/FULBRIGHT (revalidado UFSC, 2010). Mestre em Direito (UFSC, 2004). Bacharel em Direito (UFMG, 2002) e Ciência da Computação (UFMG, 1996). Desempenha atualmente o cargo de coordenador de acesso a mercado da Apex-Brasil. Atuou como Consultor-Sênior UNODC (2013-14), em Cooperação Jurídica Internacional junto ao MJ; Consultor-Sênior UNDP (2012), em Promoção Comercial junto ao MRE; Diretor (2010-2011) do Departamento de Normas e Competitividade em Comércio Exterior e Coordenador-Geral de Organismos Internacionais (2010) no MDIC. Email: gustavo.ribeiro@ceub.edu.br

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy*

Gustavo Ferreira Ribeiro***

Resumo

O direito comparado suscita a indagação, cuja resposta se encontra em aberto, se se trata de uma disciplina ou de uma metodologia. Este ensaio sustenta que essa querela é irrelevante. O ensaio tem como metodologia, quanto à abordagem, o resgate historiográfico, e, quanto ao procedimento, a pesquisa bibliográfica. Para que seja demonstrada a hipótese, o ensaio sintetiza várias contribuições teóricas e referenciais do direito comparado. Perpassam-se seus pais fundadores, autores do século XX, bem como suas discussões mais recorrentes. Como resultado da pesquisa, salienta-se que o direito comparado enfrenta problemas práticos e operacionais merecedores, por si só, de atenção. São exemplos dessas questões, o problema das traduções dos conceitos jurídicos, das grandes famílias jurídicas, as transposições de modelos e, principalmente, o problema das fontes.

Palavras-chave: Direito Comparado. Fundadores Dilemas epistemológicos. Problemas metodológicos. Rumos.

Abstract

Comparative law raises the open-ended question whether it is a discipline or a methodology. This essay posits that this quarrel is irrelevant. Through historiographic rescue and bibliographic research, the essay synthesizes several theoretical and referential contributions of comparative law. Its founding fathers, authors of the twentieth century, as well as its most recurring discussions go through. As a result of the research, it is emphasized that comparative law faces practical and operational problems that deserve attention, in their own right, such as the problem of translations of legal concepts, scope of legal families, model transposition and, mainly, law sources. The article reveals its value, then, through the analytical survey and the affirmation of the real problems of comparative law.

Keywords: Comparative Law. Founding fathers. Epistemological dilemmas. Methodological problems. Directions.

1 Introdução

O tema do direito comparado sugere várias questões, especialmente quanto a uma definição precisa, no sentido de que se trataria de uma disciplina ou de uma metodologia. Há vários outros problemas que também podem ser colocados. Por que comparar? Quais as utilidades práticas na comparação? Haveria a possibilidade de um esperanto jurídico? Seria possível imaginarmos uma geografia do direito? Seria possível concebermos uma cartografia jurídica? Pode-se pensar o direito comparado como uma ciência do direito? Quais as diferenças entre o estudo do direito estrangeiro e o estudo do direito comparado? Que habilidades deve possuir um comparatista?

No presente artigo estas questões são exploradas, mediante a utilização de uma metodologia que consiste, quanto à abordagem, no resgate historiográfico, e, quanto ao procedimento, em levantamento bibliográfico. Formula-se uma síntese de esforços comparatistas, a partir da identificação de alguns pais fundadores do direito comparado, a exemplo de Aristóteles, Montesquieu, Max Weber, Edouard Lambert e Sumner Maine. Apresenta-se também uma recolha de autores mais recentes, a exemplo de René David, Leontin-Jean Constantinesco, Paolo Biscaretti de Ruffia, Eric Agostini, Konrad Zweigert e Hein Kötz, Roscoe Pound, Arthur von Mehren, entre outros. No presente trabalho não trataremos de autores brasileiros que se dedicaram ao assunto, a exemplo de Clóvis Beviláqua. O objetivo é um levantamento de autores da tradição comparatística no contexto de autores estrangeiros. Ao longo da apresentação desses autores vários pontos serão avaliados.

O tema do trânsito dos direitos é o pano de fundo conceitual da pesquisa, que predica seus resultados nos desajustes de várias transposições normativas. O direito transposto é um direito substancialmente modificado. Há muita semelhança entre os métodos de investigação do direito comparado e da história do direito. Como se verificará, direito comparado e história do direito aproximam-se na medida em que se legitimam pela exploração das fontes primárias. Distanciam-se, no entanto, na medida em que o direito comparado coteja modelos jurídicos no espaço geográfico, enquanto a historiografia jurídica ocupa-se da comparação no tempo histórico. Inegável que romanistas se revelam, simultaneamente, como comparatistas.

Do ponto de vista metodológico, o direito comparado centra-se na teoria das fontes, identificadoras de grandes sistemas ou famílias, a par do problema central da traduzibilidade, que decorre da inexistência de um esperanto jurídico. Não há uma língua jurídica universal. Dicionários de equivalência não esclarecem conceitos, que normativamente decorrem de idiosincrasias institucionais. Um modelo jurídico específico também pode ser identificado por suas formas pedagógicas. São esses os temas explorados, inicialmente, pela incursão na literatura dos pais fundadores do direito comparado e, na sequência, de autores do século XX.

2 Os pais fundadores do direito comparado

Platão (século V a. C.) estudou diferentes modelos normativos quando da composição de alguns de seus *Diálogos*, a exemplo de *As Leis*¹ e *A República*². Os textos platônicos sugerem que o filósofo ateniense conhecia o direito espartano. Platão revela incontida admiração para com o totalitarismo do sistema de Esparta. É nesse sentido que Karl Popper reputava Platão (ao lado de Hegel e de Marx) como inimigo de uma sociedade aberta e democrática³.

Platão considerava a eficiência de ditaduras, em seu contexto político e histórico. Um governo dos mais fortes justificaria a concepção de que o poder deveria centralizar-se no mais sábio, no *rei filósofo*. Essas impressões decorriam de comparações que a época permitia, e a antinomia entre Atenas e Esparta, entre comércio e agricultura, entre sociedade democrática e sociedade totalitária, entre vida no litoral e vida no interior, parece ser muito ilustrativa. É uma linha de pensamento de algum modo fundadora do direito comparado.

Aristóteles (século IV a. C.) teria levantado um repertório de textos normativos que revelava os vários arranjos das cidades gregas de sua época. Na medida em que fixavam a organização das várias cidades-estados do ambiente helênico, pode-se constatar um esforço no sentido de se mapear e comparar os vários modelos.

¹ PLATO. *The Laws*. Londres: Penguin, 1975.

² PLATÃO. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

³ POPPER, Karl. *The Open Society and its Enemies*. Londres: Routledge, 1998.

O *corpus* aristotélico, no entanto, registra tão somente o estudo feito sobre a constituição de Atenas. Os demais textos estariam perdidos. O repertório que Aristóteles teria levantado daria conta de vários regimes, e sintetizariam informações que seriam discutidas no liceu ateniense. Ao que consta, Aristóteles estudou 153 constituições que teriam regido as cidades gregas⁴.

A *Constituição de Atenas* é um texto que trata de vários aspectos organizacionais da cidade-estado, inclusive com referências a assuntos substancialmente normativos, no conjunto dos problemas da época⁵. Aristóteles discorreu sobre temas diversos, nomeadamente sobre os arcontes epônimos, sobre os meses do calendário ateniense, sobre medidas de capacidade, sobre pesos e moedas⁶.

Especialmente quanto ao legado de Atenas, estabeleceu padrões de referência, explorados por farta literatura secundária⁷, especialmente quanto a assuntos peculiares da tradição do direito ocidental, como a escravidão⁸. Ainda que tratando da cidade na qual vivia, Aristóteles registrou algum estranhamento e encantamento para com os institutos que descrevia. Nessa atitude de estranhamento e de encantamento tem-se o substrato intelectual das tentativas de comparação.

De tal modo, comparar é estranhar e se encantar. Heródoto (séc. V a. C.), o narrador grego que nossa cultura identifica como o *pai da História*, narrou com encantamento as experiências que presenciou em suas viagens⁹. Ainda que no mais das vezes exagerado e histriônico, Heródoto revelou preocupações que atormentam quem se dispõe a comparar culturas e modos de vida.

Viajantes que relataram suas andanças deram continuidade a essa tradição, que pode ser sintetizada nas narrativas (às vezes fantasiosas) de Marco Polo¹⁰. Cidades distantes, costumes desconhecidos, línguas incom-

preensíveis e sistemas jurídicos absolutamente inusitados para um europeu medieval (Polo teria nascido em 1254 e falecido em 1324) compõem as suas memórias, isto é, admitindo-se a autenticidade do autor e do relatado.

Ainda antes, os romanos teriam estudado o direito grego ao conceberem a legislação das XII tábuas. Embora dotados de sentido pragmático, em oposição à percepção mais metafísica da jurisprudência helênica, os romanos se apoderaram de soluções gregas, que teriam influenciado a composição do texto das XII tábuas. Dizia-nos velho ditado que *Graecia capta ferum victorem cepit*, isto é, que a *Grécia conquistada conquistou o selvagem vencedor*. Tem-se uma identificação da influência que o direito helênico exerceu sobre a concepção jurídica romana. Ao que consta, por volta do ano de 452 a.C. juristas romanos estiveram em Atenas para estudar o direito grego. A lei das XII tábuas resultara da expedição que, percebida com os olhos de hoje, sugere-nos um uso prático de direito comparado¹¹.

Anuncia-se uma ciência do direito com a recepção do direito romano pelas universidades medievais, considerado como um direito culto¹². A universidade medieval foi local de estudo constante de legislação comparada, a partir de tradição romanística que persistia como indicativa de direito culto e elegante. Isto é, no sentido de que o conhecimento do direito romano já consistia, de algum modo, em um estudo comparado. Currículos e métodos de estudo em Bolonha aproximavam o pensamento escolástico à tradição do direito romano¹³. Intuitivamente desenvolviam-se métodos e modelos de comparação, embora ainda não se identificasse disciplina, metodologia ou campo de investigação específico do que hoje se compreende como direito comparado.

Os glosadores da escola de Bolonha, a exemplo de Irnério, Acúrsio e mais tarde Bártolo de Sasoferato foram comparatistas, na medida em que exploraram o direito antigo como um paradigma para um direito contemporâneo, metodologia retomada pela pandectística alemã do século XIX. Rudolf von Iehring, recepciona-

⁴ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 1.

⁵ ARISTÓTELES. A Constituição de Atenas. São Paulo: HUCITEC, 1995.

⁶ Consultar também a edição bilingue, ARISTOTE. Constitution d'Athènes., Paris: Les Belles Lettres, 1985.

⁷ MACDOWELL, Douglas M. The Law in Classical Athens. Ithaca: Cornell University Press, 1995.

⁸ GARNSEY, Peter. Ideas of slavery from Aristotle to Augustine. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

⁹ HERODOTUS. The Histories. Oxford: Oxford University Press, 1998.

¹⁰ POLO, Marco. The travels of Marco Polo. Hertfordshire: Wordsworth, 1997.

¹¹ BRETONNE, Mario. Storia del diritto romano. Roma: Laterza, 1995.

¹² SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do Direito na Europa- da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹³ BERMAN, Harold J. Law and Revolution. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 120.

do no Brasil por Tobias Barreto¹⁴, é dessa tradição um exemplo emblemático¹⁵.

Montesquieu sintetiza essa tradição no século XVIII. Nas *Cartas Persas* imaginou troca epistolar entre um viajante persa na França e seu correspondente que ficara na Pérsia. As informações do viajante sugerem comparações entre política, justiça e equidade, entre lugares tão diferentes e distantes a exemplo da Turquia, da Pérsia, da Holanda, da Itália, da Inglaterra e da França¹⁶.

A recepção de Montesquieu pela doutrina contemporânea centra-se principalmente no tema da tripartição dos poderes, que metodologicamente resulta de um esforço de direito comparado. Trata-se de instituição do direito público inglês, que empolgou o pensador francês. Citado doze vezes nos *Artigos Federalistas*,¹⁷ Montesquieu exerceu, nesse sentido, fortíssima influência na construção do direito norte-americano. Influência essa que pode estar relacionada, igualmente, à abertura que os “país fundadores dos Estados Unidos” poderiam ter a sistema exógenos. Liam filosofia política europeia e consideravam o Direito Romano como parte importante do sucesso do Império¹⁸. O episódio exemplifica o tema da transposição das ideias jurídicas. É tema de direito comparado, em sua perspectiva aplicada.

A estrutura da tripartição dos poderes em Montesquieu foi fixada no excerto relativo à constituição da Inglaterra, no capítulo VI, do livro décimo primeiro, da primeira parte do *Espírito das Leis*¹⁹. A um poder *legislativo* caberia a confecção das leis. A um poder *executivo* competiria o cuidado com as coisas do direito das gentes, isto é, a condução dos problemas da guerra e da paz, o que se entendia como um *executivo do Estado*. Um outro poder *executivo* castigaria os criminosos, julgando-os; são esses poderes para julgar que aproximariam esse segundo poder *executivo* do que contemporaneamente denominamos de poder *judiciário*.

Montesquieu talvez tivesse em mente apenas a defesa das liberdades individuais; quando legislativo e executivo se confundissem numa só pessoa não haveria espaço para a liberdade: leis tirânicas seriam executadas tiranicamente. Se a prerrogativa para o julgamento não fosse distinta das demais, o julgador se tornaria um legislador, exercendo poder autoritário sobre os cidadãos. Para Montesquieu a aliança entre o julgador e o *executivo* qualificaria a opressão. Isto é, tudo estaria perdido se uma mesma pessoa monopolizasse os três poderes. Para Montesquieu um príncipe despótico teria como meta a concentração os três poderes, instrumento para o uso despótico de suas prerrogativas.

Montesquieu revelou-se como comparatista tratando de vários assuntos como as leis japonesas, chinesas, romanas, dos costumes dos samnitas, da liberdade dos árabes, da servidão entre os tártaros, das várias formas de casamentos, famílias, filiação. Tratou inclusive dos inquisidores em Portugal. Montesquieu foi um determinista extremado, realçando uma teoria que vinculava a natureza de um modelo normativo à natureza climática. É a teoria dos climas²⁰. Montesquieu também explorou as relações entre direito e religião; enunciou o paradoxo de Bayle, sustentando que era melhor ser ateu do que idólatra, isto é, que seria menos pior não seguir religião alguma do que seguir uma religião ruim²¹. Ao discorrer sobre as formas mais adequadas de se legislar, Montesquieu foi também um fundador da legística, ciência que tem por objeto a qualidade das leis²².

No *Espírito das Leis* Montesquieu dedicou o livro décimo terceiro para comparar modelos tributários. O referido excerto denomina-se *Das relações que a arrecadação dos tributos e a grandeza das rendas públicas têm com a liberdade*. Montesquieu comparou modelos de tributação para questionar imposições fiscais e exercício de liberdades. Investigou vários modelos tributários, evidenciando alguns equívocos que se praticavam em solo francês. Observando os vários modelos tributários que então se conhecia, desenhou quadro sintético da tributação em seu tempo, aparentemente buscando o que seria melhor para a França.

Montesquieu questionava as melhores fórmulas de tributação, adiantando-se em discussão contemporânea,

¹⁴ BARRETO, Tobias. Estudos de Direito I. Rio de Janeiro: J. E. Salomon; Sergipe: Diário Oficial, 2012.

¹⁵ IEHRING, Rudolf von., O Espírito do Direito Romano. Rio de Janeiro: Alba Editora, 1943.

¹⁶ MONTESQUIEU. Cartas Persas. Belo Horizonte: Itatiaia, 1960.

¹⁷ O nome de Montesquieu é citado pelos federalistas nos artigos 9 (4 vezes), 43 (2 vezes), 47 (5 vezes) e 78. HAMILTON, A. et al. Artigos Federalistas. Belo Horizonte: Líder, 2003.

¹⁸ CLARK, David. Development of Comparative Law in the United States. In: REIMANN, M; ZIMMERMANN, R. (Orgs.). The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: OUP, 2006. p. 180.

¹⁹ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁰ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 230 e ss.

²¹ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 466 e ss.

²² MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 601 e ss.

relativa à tributação dos salários ou do consumo. As observações de Montesquieu indicavam a necessidade de se implementarem modelos simplificados de arrecadação. Montesquieu interessava-se por todos os sistemas tributários que tinha notícia e montou interessante painel que lhe possibilitava pensar o sistema fiscal francês. Cuidou também, sempre comparativamente, da isenção de tributos. Montesquieu vinculou a cobrança dos tributos à atuação do homem público em relação ao bem comum, com vários exemplos na legislação comparada. Desse modo, seu interesse pelo direito comparado indicava também forte preocupação com problemas práticos de seu tempo.

Mais tarde, na virada do século XIX para o século XX Max Weber estudou direitos orientais e teológicos de modo a idealizar sua tipologia sociológica para a compreensão da racionalidade do direito ocidental. Concebeu as tipologias identificativas do direito a partir de ensaios comparativos. A racionalidade do direito ocidental foi identificada a partir de juízos de comparação. O mandarinato e o Estado imperial chinês, a relação do confucionismo com os intelectuais, a reação do tradicionalismo em face do capitalismo, o modelo indiano, o sistema de castas e o bramanismo, foram aspectos da cultura oriental que Weber utilizou para traçar panorama do direito ocidental, que vinculava à racionalidade e à instrumentalidade que informa a ação social²³.

Na Itália tem-se conjunto importante de contribuições, do napolitano Giambattista Vico (1668-1744) e do siciliano Emerico Amari (1810-1870). No caso de Vico, tem-se um esboço de reflexões em torno de um direito culto, centrado nos pontos centrais do iluminismo jurídico, sempre em busca de referenciais de racionalidade

O estudo dos vários tipos de dominação, especialmente do modelo carismático, é resultado de análise acurada das formas orientais. O próprio sentido ascético do calvinismo foi comparado com religiões mais salvacionistas e supostamente menos comprometidas com esquemas de dominação racional, a exemplo do confucionismo. O estudo de Max Weber sobre a ética calvinista na construção do direito e das instituições norte-americanas é de igual modo um importante exemplo do uso de técnicas de comparação institucional²⁴. É

direito comparado aplicado.

Em 1831 organizou-se na França a primeira cadeira de legislação comparada. O estudo dos direitos dos outros povos foi utilizado como forma de defesa contra a volatilidade do direito, o que revela tendência do pensamento positivista, então dominante. Temia-se que palavras do legislador poderiam fazer bibliotecas desaparecer. Nesse sentido, o direito comparado também anunciava uma reação erudita contra a nacionalização do direito.

Com esse propósito organizou-se o primeiro congresso internacional para discussão do direito comparado que se tem notícia. O encontro ocorreu na França, em 1900, junto à Exposição Internacional. Edouard Lambert e Raymond Saleilles são seus organizadores. O episódio vincula o direito comparado com a modernidade e com a aproximação entre os povos. É um dos argumentos pela necessidade de seu estudo, não importando se como método ou como disciplina.

O direito comparado ainda poderia ter representado reação aos direitos nacionais que se firmavam no século XIX, em desfavor de direitos locais, como reflexo do capitalismo concorrencial, do neocolonialismo e da presença europeia na África e na Ásia, na busca de mercados consumidores, de mão-de-obra barata, de matérias primas e de centros de domínio estratégico. Pode se tratar de reação refinada à negação dos pluralismos jurídicos, como pretendida pelos direitos europeus. Um profundo sentimento etnocêntrico orientava a doutrina dominante no continente europeu.

Edouard Lambert (1866-1947) protagonizou um papel central nesse movimento, consolidando o direito comparado como campo de investigação digno de nota. Organizou o mais compreensivo e abrangente texto de direito comparado, contando com a colaboração de juristas de vários lugares do mundo²⁵. Lambert dirigiu o Instituto de Direito Comparado de Lyon, fixando as linhas gerais de temas até hoje estudados. Viveu em Lyon a partir de 1900, quando se tornou titular da cadeira de história geral do direito. Estudou o direito inglês e também se dedicou aos estudos de direito muçulmano. Pesquisou e lecionou no Egito, em 1906 e 1907.

O direito comparado, na concepção de Lambert, aproximava-se dos estudos de sociologia e de história,

²³ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

²⁴ WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

²⁵ LAMBERT, Edouard. *Introduction à l'étude du droit comparé*. Paris: Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey, 1938.

a eles se assemelhando. Havia também muita preocupação com a etnologia jurídica, o que se reforçava com a partilha do espaço afro-asiático, por parte dos europeus. Nesse campo, Lambert se interessava pelos direitos da China, da Índia e da Alemanha medieval.

Lambert também orientou e estimulou estudos que vinculavam o direito e a religião, coordenando pesquisas que se ocuparam de monastérios no Camboja. Do ponto de vista da relação com a história, Lambert era um entusiasta do direito romano, que definia como uma referência permanente para uma história comparativa do direito. Do ponto de vista mais propriamente metodológico, Lambert liderava um grupo de comparatistas que entendia que o direito comparado como um campo de investigação causalista, que se preocupava, prioritariamente, com os motivos sociais e sociológicos da experiência jurídica²⁶.

Entre os principais pais fundadores do direito comparado deve-se mencionar ainda Henry James Sumner Maine (1822-1898), que se notabilizou como um comparatista que centrou seus trabalhos no direito antigo²⁷. Utilizou como exemplos institutos do direito romano, a exemplo da propriedade, do contrato e do sistema geral de delitos. A evolução da sociedade, segundo Maine, caminhava para a plena consideração e deferência para com os contratos. Em virtude de suas explorações em temas de direito antigo, Maine também é vinculado à antropologia jurídica.

Lecionou direito civil em Cambridge e na década de 1860 viveu na Índia, onde foi funcionário do sistema jurídico na então colônia. Na Índia, Maine estudou os modelos jurídicos que lá vicejavam, sempre em uma perspectiva comparada com o modelo inglês. Retornando para a Inglaterra, lecionou em Oxford, conduzindo cursos em história e filosofia do direito, também em uma perspectiva comparada.

3 Os sucessores comparatistas no século XX

René David (1906-1990) desponta como a mais recorrente referência em direito comparado ao longo do

século XX. Concebeu metodologicamente grupos de famílias jurídicas, que dividiu em famílias de *common law*, de origem romano-germânica, bem como centradas em concepções religiosas, a exemplo do direito muçulmano, do direito da Índia e dos direitos do extremo-orient (China e Japão); discutiu também uma família que denominou de direitos socialistas²⁸.

René David foi um importante sistematizador do *common law*, para o leitor e estudioso que vive no contexto de outros sistemas normativos²⁹. Na síntese de René David, o *common law* origina-se das decisões dos juízes ingleses da alta idade média, desenvolvendo-se sistematicamente a partir do século XVII. Também é conhecido por mostrar-se como um *direito não escrito*. Sua origem judicial frequentemente o opõe ao direito da tradição escrita e estatutária que informa os modelos do continente europeu.

O *common law* nasceu na Inglaterra e desenvolveu-se em outros lugares marcados pela presença inglesa, nomeadamente nos Estados Unidos (embora no estado da Luisiana conviva com a tradição codificada francesa), no Canadá (em que pese conviver com a linhagem francesa que triunfou no Quebec), na Austrália, na Nova Zelândia, na Índia e em alguns modelos africanos, como decorrência da ocupação imperialista do século XIX.

A expressão *common law* designa, originariamente, um *direito comum* inglês, a contrário de costumes e tradições localizadas. Juízes ligados ao rei outorgavam a justiça pelo país, com comportamento de estrito respeito ao precedente e com uso de discricionariedade na eventualidade da inexistência desse último. A presença dos juízes representantes do rei junto às comunidades era mecanismo de exercício do poder real, em detrimento de autoridades feudais que proliferam ao longo da ilha. O *common law* consiste no mais antigo direito nacional conhecido na Europa.

O sistema contava com instância mais alta, marcada pela presença do chanceler do rei, que em nome da autoridade real concedia ordens, chamadas de *writs*, que eram enviadas aos agentes locais do soberano, que as implementavam. Ao longo dos séculos XIV e XV o *common law* tornou-se demasiadamente técnico, marcado pela influência do jargão francês (como reflexo

²⁶ LAMBERT, Edouard. Introduction a l'étude du droit comparé. Paris: Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey, 1938. p. 314.

²⁷ MAINE, H. Sumner. Ancient Law. Sem indicação de local: Kessinger Publishing Rare Reprints, s.d.

²⁸ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁹ DAVID, René. O Direito Inglês. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

do domínio francês na ilha à época dos normandos). A rigidez e modo rotineiro como o judiciário trabalhava não mais resolviam os problemas que o desenvolvimento das atividades mercantis colocava na Inglaterra. Procurou-se nova intervenção do rei, o que propiciou o desenvolvimento de outro modelo que se desenvolveu concomitantemente ao *common law*, e que a doutrina de expressão inglesa chama de *equity*.

O *common law* é responsável por institutos típicos do direito anglo-saxão, a exemplo de *chattels* (propriedade pessoal), *mortmain* (o direito de mão-morta, expressão do francês jurídico medieval, e que identifica imunidade de propriedades eclesiásticas), entre tantos outros. Trata-se de concepção instrumental do direito, que tem por objetivo prioritário propiciar oxigênio à vida negocial. O tribunal do júri é típico instituto do *common law*, desenhado como meio direto de avaliação de provas. Transportado para os Estados Unidos, ao lado de tradição bíblica de forte conteúdo calvinista, o *common law* propiciou a realização da terra prometida da liberdade religiosa em nome da restrição da própria liberdade de crença.

De acordo com René David, não se pode confundir o adjetivo *common* que se antepõe ao substantivo *law*, com a ideia de direito comum a todas as pessoas e classes sociais. É comum, em seu sentido originário, porque era utilizado de forma geral, em toda a Inglaterra, como expressão de poder soberano que se opunha aos poderes locais, representados pelos senhores feudais. Outra peculiaridade do *common law*, especialmente em solo inglês, é o fato de que seus contornos iniciais de natureza prática, de modo que foi um direito ordinariamente pensado fora do âmbito acadêmico. Afinal, segundo René David, “*nunca se exigiu, na Inglaterra, que juízes ou advogados tivessem título universitário*”³⁰.

René David tratou também do sistema romano-germânico, com foco em seu vínculo com o direito romano³¹. Esse modelo acompanhou a história de Roma e distinguiu-se ao longo das várias formatações políticas pelas quais passou a chamada *cidade eterna*. Alcançou a idade média e no ocidente ganhou a universidade, tornando-se um direito marcadamente culto. Associa-se aos direitos locais e informa um direito de comer-

ciantes, a *lex mercatoria*. No oriente foi de certa forma codificado por Justiniano, que no século VI d.C. teria encetado trabalho de recopilação que será base para das leituras romanísticas posteriores. Ressurgiu no romantismo, fascina alemães e franceses, estrutura as codificações modernas, associa-se ao raciocínio positivista e persiste rejuvenescido em vários locais do mundo, da França ao Brasil, do Japão à Argentina³².

René David de igual modo estimula o estudo do direito islâmico. Suas reflexões em torno das bases imutáveis do direito islâmico, e seu fundo teológico, são centrais³³. Acompanha o muçulmano independentemente da topografia do poder secular. Não se trata de direito de feição política, limitado a um grupo que vive sob mesma autoridade civil. Porque se pulveriza em vários países, dispersos pelo Oriente Médio, Norte da África, Ásia, o direito islâmico propicia pluralismos jurídicos. Pode variar, embora a *Sharia* seja seu ponto nuclear comum.

O direito islâmico radica na cultura de povo que habitava a península oeste da Ásia Meridional³⁴. A partir do século VII essa região presenciou o surgimento do islamismo. A Arábia pré-islâmica ainda não era unificada, possuía religião politeísta, tendo a Caaba (em Meca) como templo sagrado. Os habitantes da região dedicavam-se ao comércio externo de especiarias. Havia relações comerciais internas entre os beduínos do deserto e os habitantes dos centros urbanos, como Meca e Iatreb. A unificação política deu-se simultaneamente à unificação religiosa, empreendida sob a liderança do profeta Maomé. Concebeu-se religião sincrética, fatalista e monoteísta, consubstanciada no Alcorão. Após a unificação, conheceu-se rápido processo de expansão.

O direito islâmico decorre da religião pregada pelo profeta Maomé. Centra-se no conceito de *Sharia*, que prescreve ao crente o que pode e o que não pode ser feito. Complementa-se pelo *Fiqh*, que aponta caminhos a serem tomados, a partir das prescrições da *Sharia*. Essa última, literalmente, indica o *caminho para onde a água corre*, ou a *senda para ser seguida*. Trata-se do direito islâmico

³⁰ DAVID, René. O Direito Inglês. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

³¹ DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. Major Legal Systems in the World Today. New York: Free Press, 1978. p. 33-73.

³² DAVID, René. Le Droit Comparé- droits d’hier, droits de demain. Paris: Economica, 1982.

³³ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 511-544.

³⁴ Veja-se também: BAKHTIAR, Laleh. Encyclopedia of Islamic Law. Chicago: ABC International Group, 1996 e FYZEE, Asaf A. A. Outlines of Muhammadan Law. Delhi: Oxford University Press, 1999.

em sua forma canônica, marcado pela totalidade dos ensinamentos do profeta Maomé. É fundamentalmente uma doutrina de obrigações. Considerações jurídicas relativas a direitos individuais assumem posto secundário. É comando supremo a percepção de avaliação religiosa em relação aos negócios da vida humana.

A *Sharia* prevê circunstâncias e atitudes obrigatórias ou proibidas. Entre os dois extremos há atitudes recomendáveis de serem implementadas, recomendáveis para serem evitadas e indiferentes à *Sharia*. Exemplificando, as cinco preces diárias são mandatórias, o vinho é proibido, as preces adicionais são recomendadas, alguns peixes não são recomendados e viagens de avião são indiferentes para a orientação jurídico-religiosa clássica.

René David ainda discorreu sobre as linhas gerais do direito chinês³⁵. O direito chinês tem fundo originariamente religioso, baseia-se nos ensinamentos de Confúcio. Centra-se em alguns rituais, chamados de *li*, posteriormente acrescidos de regulamentos mais específicos, impostos pelo imperador e por seus mandarins, especialmente em matéria penal, chamados de *fa*. Os dois conceitos originários, *li* e *fa*, formam o núcleo do direito chinês. O *li* indica a necessidade de comportamento apropriado em relação à posição social da pessoa. O nobre que se guiava segundo Confúcio, e que se via como um homem superior, dizia-se com o comportamento pautado pelo princípio do *li*, código que não se aplicava à plebe. Essa última era guiada pelo *fa*, que institua recompensas e punições.

Em relação aos direitos que denominou de *orientais* René David também tratou do direito japonês³⁶, especialmente no sentido de que foi influenciado pelo direito chinês. De presença religiosa mais ostensivamente budista, o Japão, no entanto, implementou cisões entre *li* e *fa*, especialmente porque sob controle de imperador e dos senhores feudais, que formavam a importante classe do *shogunato*. O Japão resistiu a influências ocidentais, de modo sistemático, até a segunda metade do século XIX, quando em 1853 forçou-se a abertura das fronteiras.

Após a segunda guerra mundial é marcante no Japão a influência dos direitos ocidentais. René David vaticinou que o progresso das ideias democráticas e a

intensificação das relações com o estrangeiro provocariam entre os japoneses a ideia de reino de direito como condição necessária para o alcance de um reino de justiça³⁷. Colocando esse pensamento como mera hipótese, constataria, hoje, o acerto da premonição³⁸.

Konrad Zweigert e Hein Kötz também publicaram livro seminal em tema de direito comparado³⁹. Um dos pontos metodológicos estudados na obra de Zweigert e Kötz consiste na exploração das dissemelhanças entre macro e microcomparação. Os comparatistas estudam sistemas jurídicos de diferentes nações, em escalas maiores ou menores. Micro e macrocomparação modulam essas escalas. Segundo Zweigert e Kötz, a macrocomparação ocupa-se com os contornos gerais de um sistema, sem se ater a problemas menores ou particulares. Preocupa-se com o modelo judicial, com as fórmulas utilizadas para se administrar a justiça e para se lidar com as questões que emergem da prática forense. Tem-se uma preocupação quase que obsessiva com o sistema das fontes, que verdadeiramente diferencia as várias famílias jurídicas.

A microcomparação, por outro lado, estuda os métodos como se resolvem problemas particulares e específicos. A fronteira entre os dois modelos é flexível, e admite-se que ambos possam conviver com uma mesma pesquisa. Mais especificamente, a macrocomparação se orientaria para a análise de sistemas pertencentes a famílias jurídicas diferentes. A microcomparação se dirigiria para o estudo de institutos de modelos jurídicos de uma mesma família normativa.

A macrocomparação em princípio seria atividade científica mais ambiciosa, um pouco carente de corte específico que a limitasse de forma mais direta. Seria o caso, por exemplo, da comparação do sistema constitucional tributário brasileiro com o modelo constitucional tributário norte-americano. O estudioso iria constatar em nosso modelo uma proliferação analítica de regras e perceberia no sistema norte-americano um modelo sintético, que outorga ao legislador infraconstitucional

³⁵ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 585-602.

³⁶ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 603-616.

³⁷ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 616.

³⁸ No tema do direito japonês consultar também ODA, Hiroshi. Japanese Law. Oxford: Oxford University Press, 1999 e RAMSEYER, J. Mark; NAKAZATO, Minoru. Japanese Law, an Economic Approach. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2000.

³⁹ ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H. An Introduction to Comparative Law, Oxford: OUP, 1998.

espaço muito amplo de atuação, potencializado por atividade normativa dos agentes do executivo que seria impensável no modelo brasileiro. A microcomparação remete-nos a discussões que se desenvolvem em meios normativos que se comunicam com facilidade.

E também do ponto de vista metodológico, a obra de Zweigert e Kötz insiste na aptidão que deve ter o comparatista no sentido de intuir justaposições dos modelos normativos com questões de desenvolvimento histórico, de formas de raciocínio jurídico, de construção específica de instituições jurídicas, do regime de fontes do direito. Zweigert e Kötz também enfatizam que se observe aspectos ideológicos de muita importância, a exemplo de fundamentação religiosa ou política como ponto de partida para a organização de um determinado sistema jurídico.

Zweigert e Kötz formularam, ainda, juízos referentes a famílias jurídicas, um assunto que fora desenvolvido por René David. Conceberam seis famílias normativas que poderiam consubstanciar um objeto de comparação. Mencionam uma família romanística (centrada na codificação francesa), uma família germânica (baseada nos códigos civis da Alemanha, da Áustria e da Suíça), uma família anglo-americana (trata-se do *common law*), uma família nórdica (marcada pelo direito escandinavo), uma família do extremo-orient (e aqui consubstanciam os direitos chinês e japonês) e finalmente uma família de direitos religiosos (que incluiria os direitos islâmico e hindu).

Registre-se, ademais, a grande influência da obra de Rodolfo Sacco⁴⁰. O comparativista italiano notabilizou-se pela investigação em torno dos *formantes*, que constituem a base do sistema de fontes. Os ordenamentos possuiriam sub-cadeias compreensivas de normatividade. Teríamos assim, por exemplo, formantes legais e formantes doutrinários. Sacco parte da ideia de que muitos formantes devem ser identificados e analisados⁴¹. Nesse sentido, reitera a importância do estudo das fontes.

Sacco preocupou-se, além disso, com o problema da traduzibilidade dos vários direitos, e de seus termos específicos. Constata problemas de tradução que decorrem da língua e que radicam no direito. É que, segundo Sacco, “*a norma jurídica preexiste à fórmula linguística com a*

qual nós a descrevemos. Esse fato é mais evidente se a regra é de índole consuetudinária: em tal caso, vem formulada de modo adequado somente quando estudada por juristas profissionais”⁴². A passagem de conceito jurídico de uma língua para outra exige a formulação de homologação, por meio da qual o termo estrangeiro, que evoca instituição distinta, ganha vida no direito em que está sendo estudado⁴³.

Rodolfo Sacco nos instiga a pensarmos se haveria possibilidade de um esperanto jurídico ou de uma versão babélica da linguagem normativa. A relação entre língua e direito, mediada pela política, nos remete ao ambiente do Antigo Testamento, especialmente na planície de Shinar onde, logo após o dilúvio, pontificava a cidade de Babel, capital da Babilônia. Ao que consta, em linguagem metafórica - nem bem havia secado o último poço de água do dilúvio - ainda quando todos os povos do mundo falavam uma mesma língua, que se viveu um frenesi de construção; o soberano local ousou construir um zigurate imenso, um pináculo que alcançaria os céus. No topo da arrogante construção habitaria o deus Marduk, com quem os babilônios substituiriam Jeová, da tradição de Noé.

A narrativa bíblica (Gênesis,11) dá-nos conta da tentativa de se construir uma torre que tocara os portões do céu. Esperava-se também que nenhum temido dilúvio submergiria a torre que se construiria. E porque o Criador perdeu a paciência com os trabalhadores da torre, que usavam uma mesma língua para desafiar ao poder de Deus é que, num dia nublado, relata-nos ainda o Gênesis, as pessoas deixaram de se entender. E se o Criador em sua onipotência poderia derrubar a torre que se fazia, poupou os homens da dor física, marcando-os, no entanto, com o sofrimento da incompreensão glotológica. É no desate da metáfora de Babel que os homens descobrem que não falam o mesmo idioma. Toda a narrativa é válida na desconstrução de um ingênuo sonho de concepção de um direito universal, porque quimérica também a intuição de um idioma geral.

Assim, a narrativa é particularmente importante para a traduzibilidade dos textos normativos, confirmando-se que não se pode falar de um esperanto jurídico. Os problemas postos não são apenas de tradução, que poderiam ser resolvidos pelo adequado uso de dicionários

⁴⁰ SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁴¹ SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

⁴² SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 57.

⁴³ SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 67.

de equivalência. A questão reside na dificuldade em encontrarmos expressões de nossa língua que possam exprimir instituições que desconhecemos, a exemplo de *arraignment*, *cooling-off*, *disclosure*, *injunctive relief*, *mayhem*, *trust*, *tax racket*, *vicarious liability*, *yellowdog*. E o contrário também sucede. Como verteríamos para o inglês expressões de uso comum em nosso direito, a exemplo de *litisconsórcio facultativo*, *suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de reclamações e recursos na esfera administrativa*, *exceção de pré-executividade*, *agravo retido*, *certidão positiva com efeitos de negativa*?

Multiplique-se o problema para os vários modelos jurídicos que há. Nosso sistema normativo não é universal, nossas instituições não existem em todos os direitos. Muito mais do que metáforas, rodeios de linguagem ou explicações alongadas, a busca de um esperanto jurídico coloca-nos problema de domínio de língua que afasta da disciplina juristas que não se dispõem a entender além das fronteiras do direito que pretensamente dominam.

Levando-se a questão ao limite, poderia se duvidar da própria cientificidade do direito se partirmos de percepção que nos indique universalidade como caráter identificador do que seja ciência. Assim, se a ciência fosse universal (e medicina, matemática, astronomia, por exemplo, assim o seriam), e o direito seria particular, dado que especialista em contratos nos Estados Unidos não saberia como lidar com o direito penal chinês, não se poderia cogitar da cientificidade do direito.

O problema da traduzibilidade do direito é um dos pontos centrais que emerge da obra de Rodolfo Sacco. O direito comparado esbarra no problema inevitável da língua. Rodolfo Sacco relacionava poliglota e linguista, focando no comparatista e no mero conhecedor de outros direitos. O estudo de outros direitos, por diletantismo, por curiosidade cultural, não enseja o implemento de atitude científica, que a comparação dos direitos contempla. A mera descrição fática, contingencial e residual de outros direitos não consegue transcender o entorno do litoral das curiosidades acadêmicas. A menção de outros direitos, como referencial de notícia, sem a verticalização que o exercício exige, é mero formalismo sem mais consequências objetivamente aferíveis. O direito comparado, nesse sentido, para Rodolfo Sacco, não consiste em assunto para diletantes.

Ao longo do século XX vários trabalhos de direito comparado confirmam a importância do tema. Deve se

mentonar primeiramente a obra de Patrick Glenn, autor de monografia que ganhou o prêmio da Academia Internacional de Direito Comparado, em Bristol, Inglaterra, em 1998⁴⁴.

Glenn pensou taxonomia baseada em tradições, a partir de conceito de uma presença do passado em constante mudança que afeta o presente. Glenn concebeu sete grandes tradições jurídicas. Uma tradição autóctone e primitiva, que fora protagonizada por todos os povos, na aurora dos tempos. Essa tradição era muda, não se vinculava efetivamente a estruturas de linguagem, era típica de tempos ancestrais. Esse modelo é área de interesse da antropologia jurídica, e marca o trabalho de autores como Pierre Clastres, Franz Boas, Robert Lowie, Margaret Mead, Ruth Benedict, Edward Sapir, Radcliffe-Brown, Malinowski, entre outros.

Glenn descreveu uma tradição talmúdica, centrada na revelação na teologia judaica. Uma tradição de cunho romano-germânico, baseada na posição central do indivíduo. Glenn identificou uma tradição islâmica, com base em revelação tardia, plasmada na ideia de *Sharia*. O *common law* idênticamente é caracterizado como tradição, com limites formais definidos pela atuação judicial. Glenn deu-nos conta de tradição hindu, de grande dimensão poética, baseada no sentido de *Dharma*. Uma tradição asiática fecharia o grupo, sob domínio do confucionismo e de suas concepções de fundo religioso.

Deve-se registrar, ainda, a importância e o legado da obra de Marc Ancel (1902-1990). O comparatista francês também se preocupava com o problema das traduzibilidades, enfatizando que não se pode traduzir *common law* por direito comum ou *preventive detention* por prisão preventiva⁴⁵. Nesse sentido, lembrava que a linguagem jurídica não é necessariamente uma linguagem literária, e que o conhecimento do inglês de Shakespeare ou de Dickens não implica, necessariamente, no conhecimento do inglês jurídico⁴⁶.

O jurista italiano Paolo Biscaretti de Ruffia (1912-1966) aplicou os instrumentos do direito comparado no estudo do direito constitucional⁴⁷. Comparou for-

⁴⁴ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. New York: OUP, 2000.

⁴⁵ ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980. p. 111.

⁴⁶ ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.

⁴⁷ RUFFIA, Paolo Biscaretti de. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica,

mas de Estado e formas de governo como um ponto de partida para comparar as constituições contemporâneas. Foi um dos primeiros a compreender que textos constitucionais não se alteram apenas por mecanismos formais. Intui o que hoje denominamos de processos de mutação constitucional como indicativos de fórmulas informais de alteração do conteúdo da constituição⁴⁸.

Eric Agostini, que lecionou na Universidade de Bordeaux, entre outros temas, tratou de fórmulas de importação e de exportação dos vários sistemas jurídicos⁴⁹. Exemplificou a recepção (que é o resultado da importação) com os casos do Japão e da Turquia, especialmente em âmbito de direito privado. Há uma inegável necessidade de adaptação, porquanto a transferência pura e simples de um modelo normativo para um outro ambiente deve levar em conta aspectos culturais do ambiente que recebe o direito.

A partir do pensamento de Eric Agostini, pode-se discutir um ponto importante quando se trata da recepção do direito europeu na América Latina. De um ponto de vista mais conceitual, deve-se considerar também que a história do direito norte-americano, do direito latino-americano, e do direito brasileiro em particular, são narrativas de uma recepção e de uma adaptação⁵⁰. O estudo do direito europeu transcende fronteiras geográficas de uma Europa idealizada; é esta a tese de Thomas Duve⁵¹, professor alemão, para quem a história do direito europeu deve ser vista a partir de uma perspectiva global.

Ainda que o espaço geográfico do direito seja um território tradicionalmente definido, também há espaços imateriais, porquanto o território nem sempre é o espaço necessário para a efetivação de um determinado

arranjo jurídico⁵²; é o que se dá, entre outros, com a expansão do direito europeu para o Brasil. Exemplificando: assim como a ordem e a organização medievais europeias se transportaram e se realizaram no México, onde teriam de algum modo prevalecido até o século XIX⁵³, a ordem jurídica medieval, tratada também por Paolo Grossi, jurista italiano, de alguma forma se realizou no Brasil, que recebeu o modelo português das Ordenações.

O conceito de *Europa* é variável, dotado de plasticidade que permite a concepção imaginária de fronteiras móveis e flexíveis. Paolo Grossi chamou a atenção para o fato de que, durante muito tempo, o conceito de Europa foi marcado por uma compreensão exclusivamente geográfica. A difusão do humanismo e a influência de Erasmo de Roterdã, prossegue Paolo Grossi, construíram um significado mais complexo definidor de Europa, carregado de valores espirituais e culturais⁵⁴.

Do legado europeu, menciona-se, ainda, a contribuição de Léontin-Jean Constantinesco⁵⁵. Há em sua obra uma preocupação com as incertezas do direito comparado, especialmente no sentido de se averiguar se é somente um método ou uma disciplina autônoma. Constantinesco defende uma concepção universalista do problema (ou do falso problema) que resultaria em sua superação. Menos do que uma questão epistemológica, a discussão revela uma querela ideológica. A recusa do direito comparado como disciplina, e sua afirmação como método, pode priorizar direitos particulares em desfavor de concepções jurídicas mais totalizantes. É no âmago dessa discussão que se desdobra um conjunto de justificativas para o estudo do direito comparado, como método, ou como disciplina, o que se torna um problema secundário e menor.

Finalmente, uma seção acerca das contribuições sobre o direito comparado no século XX merece uma análise dos desenvolvimentos ocorridos nos Estados Unidos.

1975.

⁴⁸ RUFFIA, Paolo Biscaretti de. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 305 e ss.

⁴⁹ AGOSTINI, Eric. *Droit Comparé*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

⁵⁰ Conferir, nesse tema: HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law*. New York: OUP, 1994; CLAVERO, Barlome. *Institucion Historica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 1992; ESTRADA, Liniers de. *Manual de Historia del Derecho- Español- Indiano- Argentino*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997; DÍAZ, Alfonso C; CIFUENTES, José S. L. *Leciones de Historia de Derecho Argentino*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992; MARTINS JUNIOR, Isidoro. *História do Direito Nacional*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979; AGUILERA, Bruno Barchet. *Introducción Jurídica a la Historia del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

⁵¹ DUVE, Thomas. *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in *Rechtsgeschichte-Legal History*. RG 20 (2012). P. 18-71.

⁵² Veja-se GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 65 e ss.

⁵³ É a tese de Jérôme Baschet, para quem arranjos institucionais da idade média europeia persistiram no México até o século XIX. BASCHET, Jérôme., *A civilização feudal- do ano mil à colonização da América*. Rio de Janeiro: Globo, 2006. O inspirador e prefaciador desse livro desconcertante é Jacques Le Goff.

⁵⁴ Veja-se GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 4.

⁵⁵ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Já se aludiu às relações entre os *pais fundadores dos Estados Unidos* e as ideias *montesquianas*, como exemplo de transposição de ideias jurídicas e de direito comparado aplicado. Igualmente, seria possível mencionar Joseph Story, por seu legado em *conflito de leis*⁵⁶ ou direito internacional privado, como é mais bem conhecido no Brasil, como parte do capítulo desse desenvolvimento. Independentemente da nomenclatura a se adotar, certo é que, entre suas questões fundamentais, o conflito de leis aborda a aplicação do direito estrangeiro em território doméstico. Além disso, as possíveis objeções para não o aplicar por devido à violação à ordem pública nacional. Inexoravelmente, um exercício comparativo e valorativo exsurge em sua técnica.

Story, que ocupou o cargo de juiz da Suprema Corte dos EUA (1812-1845) e lecionou em Harvard, é visto, assim, juntamente com Livermore, Lieber e Kent, como precursor do campo. Não sem ressalvas. Apesar de ler em latim, francês e espanhol, Story acreditava ser de pouca aplicabilidade as construções civilistas. Para Story, segundo Michaels, os escritos civilistas eram “abundantes em distinções teóricas, que têm pouco outro objetivo além de provocar discussões ociosas, e com sutilezas metafísicas, que deixam perplexo, se não confundem, o investigador”.⁵⁷

Parece, portanto, mais convincente que é apenas no século XX que emerge, com maior organicidade, uma *escola de direito comparado* nos Estados Unidos. Mas com divergências acerca de quando o movimento teria se iniciado⁵⁸.

Como explica Clark, 1951 é mencionado como o ano marco do movimento. Naquele ano, dez universi-

dades e a Associação Norte-Americana de Direito Estrangeiro teriam se reunido para formar uma associação dedicada ao direito comparado. A partir de 1952, iniciar-se-ia a publicação do *American Journal of Comparative Law* (AJCL). Para Clark, contudo, já em 1904, com a realização do *St. Louis Universal Congress of Lawyers and Jurists*, começaria a se conformar o campo do direito comparado dos Estados Unidos. Clark indica que o referido Congresso teria ocorrido apenas quatro anos após o congêneres parisiense de 1900. E sobre o último, já chamamos atenção acerca do protagonismo de Edouard Lambert e Raymond Saleilles, como seus organizadores. A partir de 1908, boletins anuais de direito comparado passariam a ser publicados. Por consequência, Clark assume uma posição. A combinação de atividades acadêmicas sustentadas e a existência de redes de comunicação organizadas, a partir de 1904, faz desse ano o real marco da disciplina nos Estados Unidos⁵⁹.

Roscoe Pound, por exemplo, mais conhecido pelas suas contribuições à jurisprudência sociológica e ao realismo jurídico nos Estados Unidos, integrava a equipe editorial, em 1908, dos boletins anuais de direito comparado. Em artigo posterior⁶⁰, Pound salientava o ganho ao se comparar direitos. Principalmente porque a comparação nos ensinaria a “irmos mais devagar” em assumir que existe apenas uma necessária e inevitável solução jurídica para um conjunto de fatos. Lembrava ainda que muito dos princípios do direito norte-americano teriam sido formulados em comparações. Por exemplo, com origem em analogias ao direito feudal de propriedade, assim como nos escritos dos civilistas e pandecistas. Recomendava Pound que o interesse no direito comparado deveria ser no *como* e em *qual extensão* a disciplina poderia ser um instrumento de tornar o sistema jurídico mais efetivo para os seus fins; mais eficaz em se atingir justiça – revelando seu pragmatismo quanto ao direito comparado.

Por fim, merece atenção a obra de Arthur Von Mehren, ex-professor de Harvard, como representante contemporâneo do direito comparado nos Estados Unidos. Autor de mais de 200 publicações e com formação jurídica em direito norte-americano e alemão,

⁵⁶ STORY, Joseph. Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in regard to Marriages, Wills, Successions, and Judgments. 3. ed. Boston: CLJB, 1846. A primeira edição é de 1834. Disponível em: <https://ia800303.us.archive.org/10/items/commentariesonc04storgoog/commentariesonc04storgoog.pdf>

⁵⁷ MICHAELS, Ralf. Joseph Story. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3701/. Apesar do artigo estar indicado como “no prelo”, na forma de um capítulo da “Elgar Encyclopedia of Private International Law”, não se conseguiu localizar a publicação final contendo-o.

⁵⁸ Vejam-se os comentários de Pound acerca das influências do direito comparado na moldagem do direito norte-americano no período anterior à Guerra Civil, seguido pelo declínio no século XIX, em parte explicado por uma crença exagerada na autossuficiência do direito doméstico. POUND, Roscoe. What may we expect from comparative law? American Bar Association Journal, v. 22, n. 1, p. 56-60, 1936. Disponível em: www.jstor.org/stable/25712017

⁵⁹ CLARK, David. Establishing Comparative Law in the United States: The First Fifty Years. Washington University Global Studies Law Review, v. 4, n. 3, p. 583-593, 2005.

⁶⁰ POUND, Roscoe. What may we expect from comparative law? American Bar Association Journal, v. 22, n. 1, p. 56-60, 1936. Disponível em: www.jstor.org/stable/25712017

deixou vasto legado⁶¹. Mehren apontava para as três dimensões interrelacionadas dos estudos comparados. O estudo das regras e instituições de dois ou mais sistemas jurídicos (dimensão do direito estrangeiro); a determinação das diferenças e similaridades significativas nas regras e instituições (dimensão comparativa); e a reflexão sobre as razões sobre essas diferenças e similaridades (dimensão jurisprudencial). Obras e distinções que influenciaram significativamente o desenvolvimento do direito comparado nos Estados Unidos, da segunda metade do século XX até os dias atuais.

4 Perspectivas atuais do direito comparado

O direito comparado promove objetivos práticos que atendem a aspectos profissionais da atividade negocial. O conhecimento de outros direitos pode orientar opções de negócios, investimentos e interesses laborais. A multiplicação das relações internacionais em âmbito comercial, como reflexo aproximação entre as várias economias, dá ao direito comparado nova feição. A inserção das empresas em novos mercados ou centros de produção exige que o empresário conheça os modelos normativos com os quais terá que se relacionar. Estudo prévio de ordenamentos jurídicos locais tem importância que ultrapassa ao próprio conhecimento da língua e de rudimentos das culturas locais.

À margem dos direitos locais surgem também práticas comerciais e empresariais legitimadas por direito negocial que transcende aos direitos estatais. Revive-se uma *lex mercatoria*, exemplo de direito transnacional das transações econômicas, como sintoma do sucesso de ordem jurídica internacional que se desenvolve independentemente dos ordenamentos normativos estatais. A multiplicação normativa que marca alguns direitos domésticos também é característica da normatividade global. A multiplicação de direitos, internos e transnacionais, promove a produção de leis, realizando-se exacerbção de normas que qualifica em movimento de autopoiese, isto é, de multiplicação de regras jurídicas, que se reproduzem de modo preocupante.

⁶¹ De destaque, os 17 volumes da *International Encyclopedia of Comparative Law* organizada pelo autor. Veja-se, também, VON MEHREN, A. An Academic Tradition for Comparative Law? The American Journal of Comparative Law, v. 19, n. 4, 624-632, 1971. Disponível em: doi:10.2307/839512.

O direito comparado também propicia estudos de sociologia do direito. O estudo de outros direitos desenvolve-se concomitantemente à pesquisa das sociedades nos quais os direitos se formatam. Exemplificando, é o estudo da sociedade norte-americana que pode nos iluminar em algumas questões verdadeiramente intransponíveis, a exemplo do problema da pena de morte naquele país. A constituição norte-americana proíbe penas cruéis. Porém, o direito norte-americano historicamente consagra a pena capital. O estudo das contradições internas daquela sociedade, marcada por disputas que envolvem problemas de discriminação racial, com raízes que se prendem à guerra civil, a par da percepção de questões referentes a imigração e a marginalização, possibilita que se entenda os porquês da aparente contradição.

O estudo dos direitos estrangeiros promove a leitura de costumes e de práticas. É fonte inegável de enriquecimento cultural. O exame de sistemas normativos de outros povos fortalece a leitura do direito enquanto uma experiência cultural. O direito comparado permite que se perceba com mais qualidade o direito interno. Problemas e soluções de outros direitos esclarecem as complicações do direito doméstico. O direito comparado é um guia seguro para o legislador e para o julgador.

O direito comparado é prioritariamente tema de história, de filosofia e de teoria geral do direito. Do ponto de vista historiográfico, o direito comparado é componente discursivo da justificação dos modelos jurídicos. Mas devem ser tomadas cautelas com as aproximações entre direito comparado e história do direito. O uso da história pelo direito pode ser jogo conceitual perigoso porque o jurista pode valer-se do passado para justificar o presente das instituições nas quais atua. Do mesmo modo, o direito comparado corre o risco de ser apoderado pelo estudioso do direito, no sentido de se justificar ou de se criticar o direito interno, sem se levar em conta outros fatores.

O processo de internacionalização jurídica pelo qual o mundo passa amplia a necessidade e os rumos dos estudos de direito comparado. Em um primeiro momento, sugere que estudemos os efeitos da internacionalização em relação ao direito interno. Percepções de qualidade podem sugerir que se indiquem direitos melhores ou piores. Os direitos são apenas diferentes. O estudioso do direito comparado deve estar preparado para a armadilha que se lhe põe a todo o momento. O exercício da comparação não se fundamenta, necessariamente,

em orientação que exija montagem de tabela qualitativa. Em princípio, direitos não são melhores nem piores, mais ou menos avançados, mais ou menos iluminados. Os direitos são diversos. O direito comparado não é, necessariamente, e de modo ingênuo, instrumento que garanta melhor relacionamento entre os diversos povos.

Considerações finais

O direito comparado exerce função instrumental de compreensão, o que ocorre também com a linguística comparada, com a literatura comparada, com a teologia comparada e com a biologia comparada. São fórmulas de apreensão de semelhanças e de dissemelhanças. Há um aspecto glamoroso nesse estudo, que por vezes convida ao exotismo e à exploração de temas e de sistemas distintos. Promove-se um estranhamento salutar, que decorre da verificação de que há um *outro* e que resulta também em uma compreensão de *si próprio*.

O direito comparado é importante instrumento de legística, isto é, de aperfeiçoamento do direito interno. É importante instrumental de controle de recepção de direito estrangeiro, propiciando medidas preparatórias e ajustes pontuais. Também atua em modelos de harmonização do direito, especialmente na construção de tratados internacionais. Há ainda um grande interesse didático. O conhecimento dos direitos estrangeiros colabora na construção de fórmulas de compreensão entre os vários modelos.

A comparação entre direitos resulta na melhor compreensão do direito próprio. Há utilidades práticas, de aperfeiçoamento e de ajustes do direito interno. Deve-se reconhecer a inexistência de um esperanto jurídico, como resultado direto do problema das traduzibilidades. Essa barreira linguística resulta em barreiras topográficas, o que dimensiona que o fato de que o direito também contenha uma expressão geográfica. Por essa razão, a possibilidade de se construir uma cartografia jurídica.

O estudo do direito estrangeiro não se confunde com o estudo do direito comparado. Aquele é meramente descritivo e esse último é valorativo e instrumental. O comparatista deve conhecer línguas estrangeiras, dominar rudimentos de sociologia, de história e de política. Prioritariamente, no entanto, deve estar aberto para o estranhamento e para a compreensão da diversidade.

Mais do que tudo, deve estar consciente que o direito comparado, como método ou como disciplina, é um problema de estudo das fontes do direito.

Referências

- AGOSTINI, Eric, *Droit Comparé*, Paris: Presses Universitaires de France, 1988.
- AGUILERA, Bruno Barchet, *Introducción Jurídica a la Historia del Derecho*, Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- ANCEL, Marc, *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980. Tradução de Sérgio José Porto.
- ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, Paris: Les Belles Lettres, 1985. Tradução de Georges Mathieu e Bernard Haussoulie.
- ARISTÓTELES, *A Constituição de Atenas*, São Paulo: HUCITEC, 1995. Tradução de Francisco Murari Pires.
- BAKHTIAR, Laleh. *Encyclopedia of Islamic Law*. Chicago: ABC International Group, 1996
- BARRETO, Tobias, *Estudos de Direito I*, Rio de Janeiro: J. E. Salomon; Sergipe: Diário Oficial, 2012.
- BASCHET, Jérôme, *A civilização feudal- do ano mil à colonização da América*, Rio de Janeiro: Globo, 2006. Tradução de Marcelo Rede.
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BRETONE, Mario, *Storia del diritto romano*, Roma: Laterza, 1995.
- CLARK, D. Development of Comparative Law in the United States. In: REIMANN, M; ZIMMERMANN, R. (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: OUP, 2006.
- CLARK, David. Establishing Comparative Law in the United States: The First Fifty Years. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 4, n. 3, p. 583-593, 2005.
- CLAVERO, Barlome, *Institucion Historica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 1992.
- CONSTANTINESCO, Jean Leontin, *Tratado de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DAVID, René, BRIERLEY, John E. C., *Major Legal Sy-*

stems in the World Today, New York: Free Press, 1978.

DAVID, René, *Le Droit Comparé- droits d'hier, droits de demain*, Paris: Economica, 1982.

DAVID, René, *O Direito Inglês*, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de Hermínio A. Carvalho.

DÍAZ, Alfonso Cano, e CIFUENTES, José Santos Luis, *Leciones de Historia de Derecho Argentino*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

DUVE, Thomas, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in *Rechtsgeschichte-Legal History*, RG 20 (2012).

ESTRADA, Liniers de, *Manual de Historia del Derecho Español- Indiano- Argentino*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

FYZEE, Asaf A. A. *Outlines of Mubammadan Law*. Delhi: Oxford University Press, 1999.

GARNSEY, Peter, *Ideas of slavery from Aristotle to Augustine*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. New York: Oxford University Press, 2000.

GROSSI, Paolo, *L'Europa del Diritto*, Roma-Bari: Laterza, 2007.

GROSSI, Paolo, *Primeira Lição sobre Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2006. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John, *Artigos Federalistas*, Belo Horizonte: Líder, 2003. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira.

HERODOTUS, *The Histories*, Oxford: Oxford University Press, 1998. Tradução de Robin Waterfield.

HORWITZ, Morton, *The Transformation of American Law*, New York: Oxford University Press, 1994.

IEHRING, Rudolf von, *O Espírito do Direito Romano*, Rio de Janeiro: Alba Editora, 1943. Tradução de Rafael Beanion.

LAMBERT, Edouard, *Introduction a l'étude du droit comparé*, Paris: Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey, 1938.

MacDOWELL, Douglas M. *The Law in Classical Athens*,

Ithaca: Cornell University Press, 1995.

MAINE, Henry Sumner, *Ancient Law*, sem indicação de local: Kessinger Publishing Rare Reprints, s.d.

MARTINS JUNIOR, Isidoro, *Historia do Direito Nacional*, Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

MICHAELS, Ralf. *Joseph Story*. (no prelo). Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3701/.

MONTESQUIEU, *Cartas Persas*, Belo Horizonte: Itatiaia, 1960. Tradução de Mário Barreto.

MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro.

ODA, Hiroshi. *Japanese Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

PLATÃO, *A República*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira.

PLATO, *The Laws*, London: Penguin, 1975. Tradução de Trevor J. Saunders.

POLO, Marco, *The travels of Marco Polo*, Hertfordshire: Wordsworth, 1997.

POUND, Roscoe. What may we expect from comparative law? *American Bar Association Journal*, v. 22, n. 1, p. 56-60, 1936. Disponível em: www.jstor.org/stable/25712017

POPPER, Karl, *The Open Society and its Enemies*, London: Routledge, 1998.

RAMSEYER, J. Mark e NAKAZATO, Minoru. *Japanese Law, an Economic Approach*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2000.

RUFFIA, Paolo Biscaretti de, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1975. Tradução de Héctor Fix Zamudio.

SACCO, Rodolfo, *Introdução ao Direito Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Tradução de Véra Jacob de Fradera.

SCHIOPPA, Antonio Padoa, *História do Direito na Europa- da Idade Média à Idade Contemporânea*, São Paulo: Martins Fontes, 2014. Tradução de Marcos Marcionilo e de Silvana Cobucci Leite.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws*, Fo-

reign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in regard to Marriages, Wills, Successions, and Judgments. 3. ed. Boston: CLJB, 1846. A primeira edição é de 1834. Disponível em: <https://ia800303.us.archive.org/10/items/commentariesonc04storgoog/commentariesonc04storgoog.pdf>

VON MEHREN, A. An Academic Tradition for Comparative Law? *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 4, 624-632, 1971. Disponível em: doi:10.2307/839512

WEBER, Max, *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Tradução de José Marcos Mariani Macedo.

WEBER, Max, *Economia e Sociedade*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Tradução de Gabriel Cohn.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 1998.